



La politique de l'ambiguïté juridique : Quand l'État tente de réguler les échanges entre la grande distribution et ses fournisseurs

Sebastian Billows

► To cite this version:

Sebastian Billows. La politique de l'ambiguïté juridique : Quand l'État tente de réguler les échanges entre la grande distribution et ses fournisseurs. *Sociologie du Travail*, 2016, 58 (1), pp.8-31. 10.4000/sdt.280 . hal-01300899

HAL Id: hal-01300899

<https://sciencespo.hal.science/hal-01300899>

Submitted on 11 Apr 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

La politique de l’ambiguïté juridique. Quand l’État tente de réguler les échanges entre la grande distribution et ses fournisseurs

The Politics of Legal Ambiguity: Regulating Business Relations between Supermarket Chains and their Suppliers

Sebastian Billows

*Centre de sociologie des organisations (CSO), UMR 7116 CNRS et Sciences Po, 19, rue Amélie,
75007 Paris, France*

Adresse e-mail : sebastian.billows@gmail.com

Premier manuscrit reçu le 18 février 2015 ; article définitivement accepté le 16 octobre 2015

Résumé

Cet article analyse vingt ans d’intervention étatique dans les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs en traitant simultanément la production des lois et leur mise en application. Centré sur la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), une direction centrale du ministère de l’Économie, le récit entend restituer à la fois le travail d’élaboration des lois par l’administration et les opérations de mise en conformité des enseignes de distribution. L’administration a délibérément créé de l’incertitude juridique pour protéger les fournisseurs de la grande distribution. Ce recours à l’incertitude juridique contre des acteurs économiques réputés plus puissants est un résultat original au regard de la littérature en sociologie du droit. Toutefois, après une dizaine d’années, cette stratégie n’a plus eu le même succès. La DGCCRF a souffert de la concurrence avec d’autres acteurs publics souhaitant intervenir dans ce domaine et les grandes enseignes de la distribution sont parvenues à appliquer formellement les nouvelles règles, sans pour autant changer leurs pratiques à l’égard des fournisseurs.

Mots-clefs : Droit ; Professions juridiques ; Grande distribution ; Concurrence ; Administration publique ; Régulation.

Abstract

This paper analyses twenty years of state intervention in the business relations between french supermarket chains and their suppliers, considering both the making of the regulations and their implementation. The narrative focuses on the Ministry of Economics department responsible for economic competition and consumer protection (DGCCRF: “*Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*”). The paper studies how bureaucrats drafted new laws and how supermarket chains complied with them. In order to protect suppliers, DGCCRF deliberately created legal uncertainty. The successful

use of legal uncertainty against supposedly more powerful economic players is a novel case in sociolegal scholarship. Halfway through the twenty-year period, however, the effectiveness of this strategy of legal uncertainty sharply decreased. Two explanations for this decline in effectiveness are examined. First, DGCCRF faced competition from other bureaucratic bodies, which promoted different regulatory projects for the retail sector. Second, supermarket chains gradually learned how to comply with the regulations on a formal level, without altering their actual business conduct with their suppliers.

Keywords: Law; Lawyers; Retail; Anti-Trust Policies; Public Administration; Regulation.

En France, la grande distribution et ses fournisseurs constituent un oligopson : peu d'acheteurs font face à un grand nombre de vendeurs. Même si les linéaires des supermarchés et hypermarchés comptent en majorité des produits vendus par des grands groupes, les fournisseurs de produits dits « de grandes marques »¹ se plaignent de la concentration de la grande distribution généraliste, qui, depuis la fusion entre Carrefour et Promodès intervenue en 1999, ne compte plus que sept acteurs majeurs². Les fournisseurs n'ont cessé de demander l'intervention de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), l'administration du ministère de l'Économie compétente en la matière. Alors qu'elle est faiblement dotée, la DGCCRF est parvenue, à partir de 1996, à réduire le pouvoir de marché de la grande distribution face à ses fournisseurs. La loi Galland, votée en 1996, a mis en place le système dit « des marges arrière »³. Désormais, les distributeurs n'allaient plus être rémunérés par les marges sur les produits mais par des contributions versées directement par leurs fournisseurs. Ce système était considéré comme avantageux pour ces derniers dans la mesure où il leur permettait de contrôler le prix de revente de leurs produits.

¹ De nombreuses entreprises multinationales comme L'Oréal, Unilever ou Coca-Cola en font partie. Cet article n'aborde pas, en revanche, la question des relations qu'entretient la grande distribution avec les exploitants agricoles, qui relève de logiques institutionnelles différentes.

² En 2015, ces sept acteurs détiennent les parts de marché suivantes : 21,5 % pour Carrefour, 20,5 % pour E. Leclerc, 14,9 % pour Intermarché, 11,5 % pour Casino (enseignes Géant, Casino et Monoprix), 10,9 % pour Auchan, 10,3 % pour Système U et moins de 5 % pour Cora.

³ Loi n°96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite « loi Galland ».

Le cadre de la loi Galland a permis à l'État d'intervenir avec succès, au moins un temps, au profit des acteurs économiques réputés plus faibles (les fournisseurs). Or, cette situation remet en question des résultats de la littérature existante. En sociologie économique, dans les travaux de Neil Fligstein (1996, p. 662), il est entendu que, sauf en cas de crise majeure due à un choc exogène, les lois en vigueur reflètent les intérêts des acteurs les plus puissants du marché. En sociologie du droit, des auteurs états-uniens ont mis en avant les difficultés de l'État fédéral dans la lutte contre les discriminations pratiquées par les entreprises. Ces travaux ont montré que, malgré des lois ambitieuses votées au cours des années 1960, la mise en conformité avec la loi aurait été avant tout symbolique (Edelman, 1992). Portant sur des procédures plutôt que sur des changements substantiels, les actions de mise en conformité participeraient ainsi d'un phénomène qui a été qualifié d'internalisation (Edelman et Suchman, 1999) ou de managérialisation (Pélisse, 2011) du droit par les grandes entreprises. De plus en plus de contraintes juridiques pèsent sur les entreprises. Celles-ci y répondent en augmentant la taille de leurs services juridiques et en multipliant les règles internes et les procédures de résolution des conflits qui imitent le fonctionnement du système juridique officiel. Cette réappropriation du droit par des organisations privées crée l'illusion de la mise en conformité avec le droit positif. À terme, lorsque de nombreuses entreprises adoptent les mêmes règles internes, même le droit officiel peut être affecté et devenir plus conforme aux intérêts privés.

L'étude des relations fournisseurs-distributeurs est l'occasion de mettre au jour une ressource aux mains de l'État, peu explorée dans la littérature. Nous montrerons qu'entre 1996 et 2013, la DGCCRF a délibérément cherché à créer un cadre juridique incertain. Au regard de la littérature en sociologie du droit, cette stratégie est surprenante. Lauren B. Edelman (1992, p. 1532) considère le caractère vague des lois sur les discriminations comme une des causes de leur faiblesse. Jérôme Pélisse (2011, p. 47), à propos de la loi des 35 heures, tire des conclusions similaires : la managérialisation de la réduction du temps de travail serait due à « l'ouverture du cadre juridique posé ». Cette stratégie de création d'incertitude a pourtant permis à la DGCCRF de rééquilibrer le rapport de force entre la grande distribution et ses fournisseurs pendant plus d'une dizaine d'années. La rédaction des textes n'est pas la seule explication de cette réussite. Comme l'ont montré Michel Crozier et Erhard Friedberg, l'incertitude ne devient une source de pouvoir que si elle est exploitée par certains groupes pour valoriser et accroître leurs ressources (Crozier et Friedberg, 1977, p. 71). Dans notre cas ce sont les juristes d'entreprise, salariés des distributeurs, qui ont joué ce rôle : ils ont relayé

auprès de leurs employeurs l'incertitude des textes rédigés par la DGCCRF. Par ailleurs, la création d'incertitude juridique s'inscrit dans une stratégie plus globale consistant pour la DGCCRF à maximiser ses faibles ressources dans un contexte politique en évolution. En cela, sa trajectoire est proche de celle de l'EEOC telle que l'ont décrite Robin Stryker et Nicholas Pedriana (Stryker et Pedriana, 2004)⁴.

À l'instar d'autres travaux récents (Pinto, 2013 ; Stanziani, 2011), ce récit éclaire les transformations de la régulation des activités économiques par l'État français. Même lorsqu'il ressemble au marché tel que le théorise l'économiste Léon Walras, l'ordre concurrentiel fait l'objet d'une construction par la puissance publique (Garcia, 1986). Cette construction oblige l'État à sélectionner les acteurs pertinents sur un marché et à déterminer ce qu'est une transaction juste. Au début des années 2000, la DGCCRF souhaite empêcher les distributeurs d'abuser de leur pouvoir de marché pour obtenir des conditions commerciales favorables. Ce choix initial de la DGCCRF se fait aux dépens des consommateurs. Les critères de justice des transactions entre distributeurs et fournisseurs vont ensuite évoluer. L'action de la DGCCRF se rapprochera alors d'une conception ordolibérale de la concurrence, selon laquelle le maintien de la pression concurrentielle doit devenir la priorité des politiques publiques (Denord, 2008). Le contrôle cessera de porter sur la négociation économique en tant que telle pour se concentrer sur les contrats annuels qui encadrent la relation entre les distributeurs et leurs fournisseurs.

Pour comprendre l'action de la DGCCRF et ses effets, la méthodologie d'enquête a retracé la production des lois et leur mise en application. Deux axes ont guidé la collecte de données empiriques. Le premier est celui de l'élaboration du droit positif. Quelle stratégie poursuit la DGCCRF dans l'élaboration des textes ? À quelles contraintes a-t-elle fait face et comment a-t-elle tenté de les surmonter ? Le deuxième axe est celui de l'exécution de ces textes par l'administration et de leur impact sur les pratiques des distributeurs : quelles ressources ont été mises en œuvre par l'administration ? Quelles ont été les modalités de la mise en conformité des distributeurs visés par ces lois ? Des sources de plusieurs types ont été mobilisées. Nous avons consulté les archives officielles de la DGCCRF et de cabinets

⁴ L'EEOC, *Equal Employment Opportunity Commission*, est l'agence fédérale chargée d'appliquer le droit contre les discriminations au travail aux États-Unis.

ministériels⁵, ainsi que les rapports de jurisprudence publiés régulièrement par la DGCCRF depuis 2008⁶. Une campagne d'entretiens a également été menée. Six ont été réalisés auprès de fonctionnaires ou d'anciens fonctionnaires de la DGCCRF, et un auprès d'un ancien membre d'un cabinet ministériel. Neuf juristes et dix « opérationnels », tous salariés de fournisseurs ou de distributeurs, ont également été rencontrés. Enfin, cinq entretiens ont été effectués auprès de lobbyistes travaillant pour les fédérations professionnelles des distributeurs ou des fournisseurs. Les extraits d'entretiens cités dans l'article indiquent l'organisation d'appartenance des personnes rencontrées, ainsi qu'un numéro permettant de les distinguer les unes des autres. Le travail sur archives et la campagne d'entretiens ont été complétés par les notes prises au cours de trois mois d'observation participante au sein de la direction juridique d'une des chaînes françaises d'hypermarchés et de supermarchés. Il sera fait mention de cette chaîne sous le nom fictif de Maxistore.

Quant à la DGCCRF, elle sera dans l'article souvent considérée comme un acteur, ce qui impose quelques précisions sur son organisation. Alors que ses compétences sont très étendues, la DGCCRF ne compte au 1^{er} janvier 1997 que 3715 agents, dont 485 sont affectés aux services centraux, à Paris. Ses attributions sont pourtant nombreuses et couvrent des domaines aussi divers que la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, le contrôle des concentrations, les pratiques restrictives de concurrence, la sécurité alimentaire, la protection du consommateur et la lutte contre la contrefaçon. En comparaison, le Trésor public, autre direction générale du ministère de l'Économie et des finances, comptait en 1997 54 577 agents. L'étude des archives montre que le bureau de la DGCCRF le plus impliqué dans les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs est le bureau B2 : « Pratiques restrictives – Affaires juridiques et contentieux général ». Fort d'une douzaine de fonctionnaires, il est responsable du lancement des procédures judiciaires. Ces agents ont pour la plupart le statut d'inspecteurs de la DGCCRF, à l'exception de certains cadres qui appartiennent au corps des administrateurs civils⁷. Le fonctionnement de cette administration

⁵ Il s'agit de cartons d'archives conservés au Centre des archives économiques et financières. Dans le corps de l'article, les références renvoient au numéro du carton utilisé ainsi qu'au producteur de celui-ci.

⁶ Le premier rapport, publié en 2008, couvre la jurisprudence sur la période 2004-2007.

⁷ Fonctionnaires de catégorie A, les inspecteurs de la DGCCRF remplissent diverses tâches de contrôle selon leur spécialisation (en droit de la concurrence, en économétrie ou en sécurité alimentaire, par exemple). Les

est très centralisé. La lecture des notes de service fait en effet apparaître une implication forte du directeur général de la DGCCRF dans les questions relatives aux relations distribution-fournisseurs.

Entre 1996 et 2013, l'activité de la DGCCRF a été rythmée par l'élaboration et la mise en application de cinq lois successives en matière de relations industrie-commerce, que nous présentons ci-après. En dix-sept ans, le titre IV du livre IV du Code de commerce⁸, qui réunit ces dispositions, a vu son volume passer progressivement de 2230 à 7574 mots. Mais son effectivité, elle, n'a pas crû de manière aussi continue. La première partie de l'article est centrée sur la loi Galland (1996), et décrit la manière dont la DGCCRF s'est convertie dans les années 1990 à l'intérêt de légiférer sur les relations entre distributeurs et fournisseurs. La deuxième partie analyse la loi NRE⁹, votée en 2001, et ses conséquences. Nous montrerons que l'administration s'est efforcée d'écrire un texte imprécis, de manière à rendre les poursuites imprévisibles. Face à cela, les distributeurs ont mis en place des règles internes strictes d'encadrement de la négociation avec leurs fournisseurs, rendant ainsi effective une législation protégeant les fournisseurs, et ce pour une période d'une dizaine d'années. La troisième partie décrit les conséquences des lois Dutreil, Chatel et LME (« Loi de modernisation économique »), votées entre 2005 et 2008, qui finissent par ôter à l'administration certains moyens de contrôle¹⁰. Celle-ci réoriente alors son action vers un contrôle *a priori* des contrats. Cette réorientation, qui semble suivre le même principe de création d'incertitude, échoue pourtant cette fois à rééquilibrer les relations industrie-commerce en faveur des fournisseurs.

administrateurs civils sont des fonctionnaires de catégorie A+, le plus souvent issus de l'École nationale d'administration. Ils ont vocation à remplir des fonctions d'encadrement dans les différents ministères.

⁸ Initialement, il s'agissait du titre IV de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, dite « ordonnance Balladur ». Ces dispositions ont été intégrées au Code de commerce lorsque celui-ci a fait l'objet d'une recodification en 2000.

⁹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁰ La loi dite « Dutreil » renvoie à la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. La loi dite « Chatel » renvoie à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Enfin, la loi LME renvoie à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

1. Le recours à la loi par la DGCCRF (1995-1999)

La loi Galland, votée en 1996 sous le gouvernement Juppé, représente un tournant dans la régulation des relations distributeurs-fournisseurs. Elle crée un système de négociation favorable aux intérêts des fournisseurs. Pour la DGCCRF, cette loi représente également un tournant : c'est à partir de là que l'administration commencera à agir résolument contre la grande distribution. Comprendre ce tournant suppose de présenter un historique des relations fournisseurs-distributeurs et de l'intervention de l'État avant 1996.

1.1. Les premiers textes régulant les relations fournisseurs-distributeurs (1950-1986)

Les conflits entre la grande distribution et ses fournisseurs sont apparus dès les années 1950, avec l'émergence des premiers magasins « *discount* ». Ainsi, Édouard Leclerc, qui a ouvert son premier magasin en 1949, entretient des relations conflictuelles avec les fournisseurs des grandes marques de l'épicerie. En 1959, il se voit par exemple opposer un refus de livraison par Bel, le producteur de « La Vache qui rit »¹¹. En ne vendant leurs produits qu'au petit commerce, les fournisseurs espéraient mieux contrôler leurs marges et les prix de revente de leurs produits aux consommateurs. Dans ce conflit, le gouvernement prend parti en faveur de la grande distribution naissante. Il voit dans celle-ci un moyen de rationaliser les circuits de distribution et de lutter contre l'inflation (Jolly, 1983). La circulaire Fontanet¹², élaborée en 1960, interdit la « discrimination » : les conditions commerciales appliquées par les fournisseurs doivent être les mêmes pour tous les distributeurs. E. Leclerc et les autres acteurs de la grande distribution naissante ont désormais le droit d'acheter les produits de grandes marques et de faire usage du pouvoir de marché que leur confère leur grande taille. Néanmoins, dans un souci d'apaisement des fournisseurs, le gouvernement met en place en 1963 l'interdiction de la revente à perte. Cette mesure interdit aux distributeurs de pratiquer des prix de revente inférieurs au prix d'achat auprès des fournisseurs. Il s'agissait d'empêcher les distributeurs de recourir à la technique dite du « prix d'appel », consistant à baisser les prix sur des produits de grande notoriété pour attirer les consommateurs vers leurs enseignes.

¹¹ Lettre de refus de livraison mise en ligne sur le site internet « Histoire et archives » des centres E. Leclerc.

¹² Circulaire du 31 mars 1960 relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence, dite « circulaire Fontanet ».

Cette technique était dommageable pour les fournisseurs, qui voyaient s'effondrer les prix des produits les plus populaires.

En 1983, le secteur de la grande distribution est affecté par une vague de concentrations, si bien qu'en quelques années le nombre d'acheteurs interagissant avec les fournisseurs est passé d'une trentaine à une dizaine. Ces concentrations prennent soit la forme de fusions entre enseignes, soit celle d'une simple mutualisation des achats entre certains groupes. En 1985, des fonctionnaires de la DGCCRF estiment que sept acteurs contrôlent 80 % du marché alimentaire français¹³. La principale action de la DGCCRF consiste, sans changer le droit positif, à suggérer un retournement de l'interprétation de l'interdiction de la « discrimination »¹⁴. À l'origine, l'interdiction de discrimination tarifaire est censée protéger les distributeurs en leur assurant un accès égal aux produits proposés par les fournisseurs. Désormais, l'interdiction de discriminer va être utilisée pour empêcher les distributeurs de réclamer un tarif préférentiel.

1.2. Le refus d'une nouvelle loi par l'administration (1986-1996)

En 1986, les dispositions réglementaires et législatives relatives aux relations fournisseurs-distributeurs sont réunies dans un texte unique, le titre IV de l'ordonnance Balladur. Mais les règles de non-discrimination et d'interdiction de revente à perte, qui datent des années 1960, ne font pas l'objet de modifications. Si l'administration continue à défendre une nouvelle interprétation de l'interdiction de discriminer permettant aux fournisseurs d'appliquer un tarif unique, cette préconisation n'a pas permis de protéger efficacement les fournisseurs. Il n'existait pas de consensus dans la jurisprudence sur la manière de traduire l'interdiction de la discrimination et de la revente à perte en règles concrètes de facturation. Les fournisseurs estiment que le prix doit être celui du tarif unifié qui figure dans leurs conditions générales de vente. Ils acceptent que des réductions puissent éventuellement dégrader ce tarif, mais, selon eux, cela doit faire l'objet de contreparties, comme par exemple un volume de commande important. Sans surprise, cette interprétation du droit ne satisfait pas les distributeurs, qui

¹³ « L'évolution de la puissance d'achat en France », *Revue de la concurrence, des prix et de la consommation* n°32, 4^e trimestre 1985, pp. 5-7.

¹⁴ « Relations fournisseurs-distributeurs : de nouvelles règles du jeu contre les discriminations tarifaires injustifiées », *Revue de la concurrence, des prix et de la consommation* n°26, 2^e trimestre 1984, pp. 23-27.

réclament de leurs fournisseurs qu'ils leur octroient des réductions tarifaires plus élevées et sans aucune contrepartie. Les distributeurs et les fournisseurs sont par ailleurs en conflit sur le mode de calcul du seuil de revente à perte. Selon les fournisseurs, le seuil de revente à perte doit correspondre à leur tarif unifié, leur garantissant ainsi une maîtrise totale sur les prix de revente au consommateur. Dans ce cas de figure, si L'Oréal fixait un tarif pour un shampoing, tous les distributeurs allaient devoir le vendre à ce prix plancher. Selon les distributeurs, les réductions tarifaires doivent être intégrées dans le calcul du seuil de revente à perte. Ils souhaitent que les avantages tarifaires consentis par les fournisseurs puissent être transformés en prix bas pour le consommateur et ainsi améliorer leur succès commercial par rapport aux autres enseignes. Grâce à leur pouvoir de marché, ce sont les distributeurs qui ont imposé leur interprétation minimaliste des règles de non-discrimination et d'interdiction de revente à perte. La citation suivante, d'une personne qui a été directeur juridique d'une grande marque de l'épicerie dans les années 1990, illustre le type de pressions qu'exerçaient alors les distributeurs sur les fournisseurs.

« On avait des situations où Leclerc nous appelait et nous disait : “on a trouvé votre paquet de jambon à 2,95 chez Carrefour”. [...] Les clients appelaient et nous renvoyaient la responsabilité des guéguerres [de prix] qu'ils menaient entre eux. En voyant le jambon à 2,95 chez son concurrent, Leclerc nous dit “vous nous devez tant”, et c'est quelque chose qu'ils vont déduire de leur facture automatiquement » (Fournisseurs, juriste 1).

L'absence d'interdiction effective de la discrimination permet aux distributeurs de réclamer sans cesse de nouveaux avantages financiers. L'absence d'interdiction effective de la revente à perte permet aux distributeurs de fortement réduire leurs prix de revente, rendant ainsi visibles pour les autres distributeurs les avantages financiers obtenus auprès du fournisseur. Ces deux mécanismes créent une spirale déflationniste accentuant la pression sur les fournisseurs.

Le caractère flou de l'interdiction de la discrimination et de la revente à perte ne semble pas satisfaire la DGCCRF. Au cours d'un entretien, un ancien haut cadre de cette direction générale a décrit ce flou comme « une plaie, à la fois sur le fond et en termes d'image ». Pourtant, la direction générale se refuse à envisager de changer les règles inscrites au Titre IV de l'ordonnance Balladur. Face aux conflits qui opposent les fournisseurs et les distributeurs, la DGCCRF adopte une autre attitude consistant à édicter des prescriptions informelles relatives à l'interprétation du droit positif. C'est ce que les acteurs de l'époque ont appelé la

« facturologie », c'est-à-dire une science de la rédaction des factures¹⁵. Ces prescriptions sont diffusées par des canaux divers : des fonctionnaires de la DGCCRF reçoivent des représentants des fournisseurs et des distributeurs dans les locaux de l'administration ou interagissent avec eux au moyen de conversations téléphoniques ou d'échanges de courriers¹⁶. Un fonctionnaire de la DGCCRF, Noël Renaudin, va même jusqu'à écrire un article dans une revue juridique pour tenter de clarifier les règles. Cet article, au titre ironique — « La facturologie : une science à la portée de tous » —, illustre bien l'attitude de la DGCCRF face aux tensions qui opposent les distributeurs et les fournisseurs : elle tente de les atténuer en clarifiant les règles existantes mais ne souhaite pas de réforme législative sur le sujet. N. Renaudin écrit ainsi que « la règle de l'article 31 [l'article de l'ordonnance Balladur relatif à la facturation] est nécessaire, bonne et simple » et qu'« on ne peut pas attendre davantage d'une loi » (Renaudin, 1994, p. 36).

1.3. La loi Galland, un texte imposé à l'administration (1996)

En 1995, alors que les conflits entre distributeurs et fournisseurs continuent, un projet de loi relatif aux relations industrie-commerce commence à être élaboré. L'administration, qui n'a pas pris l'initiative de ce projet de loi, le perçoit comme une commande de la sphère politique.

« Le candidat Jacques Chirac a déclaré qu'il fallait "napalmiser" la grande distribution. [...]. Et là-dessus le candidat a été élu, et naturellement il s'est agi de mettre en musique sa fière résolution. Et là on s'est aperçu qu'on était dans l'improvisation la plus complète, parce que ça n'allait effectivement pas plus loin qu'un propos électoral. Le chef de l'État tenait très naturellement à ne pas être démenti de façon flagrante par les événements, mais il n'avait pas donné plus d'instructions que ça » (DGCCRF, 2).

Un nouvel exécutif arrive au pouvoir en 1995, et reçoit la consigne de préparer une loi qui puisse illustrer la fermeté du gouvernement face à la distribution. Mais cette consigne est demeurée très ouverte. Yves Galland, Ministre délégué aux Finances et au commerce

¹⁵ Le terme trouve son origine dans un article d'un professeur de droit : « *Une nouvelle science : la facturologie* » (Mousseron, 1988).

¹⁶ Un document produit en janvier 1997 par « la Fédération de la Maille », un syndicat patronal du textile, fait mention de « différentes réunions », au cours desquelles Christian Babusiaux, le directeur général de la DGCCRF, a précisé certains points relatifs aux règles de facturation. La Fédération de la Maille, « Les obligations légales en matière de facturation et de coopération commerciale » (PH169/07 c.12, DGCCRF B2, p. 22).

extérieur, est chargé de porter le projet de loi. Sur ce sujet, les positions des différents membres de l'exécutif sont divergentes. Au contraire de Jacques Chirac, très proche de la Confédération générale du patronat et des moyennes entreprises (CGPME)¹⁷ et du monde agricole, Yves Galland et son conseiller, Jacques Lovergne, sont proches de la frange libérale de la majorité, dont certains membres souhaitent supprimer complètement les règles encadrant les relations industrie-commerce¹⁸. Christian Babusiaux, le directeur général de la DGCCRF de 1984 à 1997, y voit malgré tout une occasion de mettre fin aux conflits sur l'interprétation de l'interdiction de la discrimination et de la revente à perte. Lui et son administration proposent avec succès de modifier, dans la loi, les règles de facturation et la définition du seuil de revente à perte¹⁹. Les détails du texte sont décrits dans l'encadré 1.

Encadré 1 : La loi Galland et l'émergence de la « coopération commerciale »

Les principales dispositions de la loi Galland (1996) sont celles qui modifient les règles relatives à la facturation et à la revente à perte (articles 10 et 11) de l'ordonnance Balladur. La plupart des dispositions de l'ordonnance Balladur demeurent toutefois inchangées. Avant la loi Galland, le mode de calcul du seuil de revente à perte n'était pas précisément défini. La loi Galland précise que le seuil de revente à perte sera défini par le prix porté sur la facture. Ensuite, la loi ajoute que le montant porté sur la facture sera uniquement le tarif unifié du fournisseur. Ce montant ne peut plus tenir compte des réductions de prix accordées à un distributeur spécifique. Les seules réductions acceptables doivent répondre à des critères objectifs comme le volume des ventes, et doivent s'appliquer uniformément à tous les clients. Ces nouvelles règles de facturation vont être exploitées par les fournisseurs pour transformer les pratiques en matière de négociation commerciale. Compte tenu de l'interdiction de la discrimination, il est désormais difficile pour un distributeur d'utiliser son pouvoir de marché pour faire baisser le prix d'un produit.

¹⁷ La CGPME est un des syndicats patronaux français et rassemble des entreprises de petite taille. Entre 1990 et 2000, ce syndicat était dirigé par un proche de Jacques Chirac, Lucien Rebuffel, qui dénonçait régulièrement de manière publique la pression exercée par la grande distribution sur les PME. Voir l'interview suivante : « Nous voulons une loi anti-trust, anti-monopole et anti-entente », *Les Échos*, 27/11/1995.

¹⁸ Telle était la thèse défendue par Jacques Lovergne lorsque nous l'avons rencontré en entretien.

¹⁹ Note pour le ministre du 18 août 1995 écrite par Christian Babusiaux (PH 173/97 c. 1 à 4, cabinet d'Yves Galland).

Dès les premières négociations commerciales postérieures à l'entrée en vigueur, en 1997, de la loi Galland, les fournisseurs refusent que le tarif unifié du fournisseur figurant dans leurs conditions générales de vente soit altéré. Par ailleurs, les fournisseurs augmentent fortement ces tarifs. Selon un relevé fait par une enseigne et transmis oralement à la DGCCRF en janvier 1997, ces augmentations de tarifs ont pu atteindre près de 10 % pour certaines catégories de produits, selon une note pour le directeur général datée du 29 janvier 1997 (PH169/07 c.12, DGCCRF B2).

La loi induit donc un changement dans les pratiques de négociation, lequel se traduit par une modification du jeu concurrentiel entre les enseignes. Parce que les tarifs des fournisseurs sont élevés et que les distributeurs ne peuvent plus revendre les produits au-dessous de ce tarif, les prix de revente au consommateur deviennent similaires d'une enseigne à l'autre²⁰. L'avantage concurrentiel d'une enseigne ne repose donc plus sur des prix de revente bas. Parce que les tarifs des fournisseurs sont portés délibérément à des niveaux élevés, la marge pratiquée sur la revente des produits devient nulle. La compétitivité d'une enseigne repose désormais sur la capacité à peser sur le fournisseur pour obtenir des « marges arrière » qui n'apparaissent pas sur la facture des produits vendus aux distributeurs. Ces marges arrière prennent la forme de contrats de « coopération commerciale ». Officiellement, ces contrats rémunèrent des services tels que la mise en avant d'un produit en rayon ou la présence de celui-ci dans un prospectus publicitaire. En réalité, ils reflètent davantage le pouvoir de marché des distributeurs et leur capacité à peser dans la négociation avec leurs fournisseurs.

1.4. La réorientation de l'action de la DGCCRF en faveur des fournisseurs (1997-1999)

Après la loi Galland, la DGCCRF prend position en faveur des fournisseurs. Plus précisément, ses positions rejoignent celles défendues par l'ILEC. L'Institut de liaisons et d'études des industries de la consommation est un syndicat patronal créé par des fournisseurs de grandes marques en 1959, alors que les premiers conflits avec la grande distribution naissante apparaissent. Il représente les intérêts des plus gros fournisseurs, souvent des filiales d'entreprises multinationales. Il compte une soixantaine de membres de grande notoriété, comme Coca-Cola, L'Oréal ou Unilever. Pourtant, l'ILEC n'est pas le seul organe à prétendre à la représentation des fournisseurs. Il doit par exemple cohabiter avec l'ANIA,

²⁰ Cela est vrai en particulier pour les hypermarchés, où les coûts logistiques sont les plus bas. Concernant les effets de la loi Galland sur la détermination des prix de revente aux consommateurs, voir Barrey, 2006.

l'Association nationale des industries agroalimentaires, qui, elle, compte plusieurs milliers de membres. Il est intéressant de noter que l'ILEC est pourtant la seule organisation à apparaître de manière répétée dans les archives comme interlocutrice de la DGCCRF. Cette situation correspond à celle décrite par N. Fligstein (1996) où, à l'intérieur d'un secteur donné, ce sont les acteurs les plus puissants qui assurent la représentation institutionnelle des intérêts au nom des acteurs plus faibles. L'ILEC s'appuie sur un événement particulier pour défendre les intérêts des fournisseurs auprès de l'administration. En 1996, Auchan fusionne avec Docks de France et, lors des négociations tenues au début de l'année 1997, le nouveau groupe a recours à la pratique dite de « la corbeille de la mariée ». Elle consiste à facturer comme un « service de coopération commerciale » le simple fait, pour les fournisseurs, d'accéder à un ensemble de consommateurs plus large suite à la fusion. Dès le début du mois de février, Dominique de Gramont, le délégué général de l'ILEC, mentionne cette pratique au cours d'une réunion informelle avec des fonctionnaires de la DGCCRF²¹. La rhétorique avancée par ce lobbyiste est la suivante : la loi Galland a mis fin à la « facturologie » et a pacifié les relations commerciales ; malgré cela, certains distributeurs ne jouent pas le jeu et bloquent les négociations en conditionnant la signature des contrats annuels au versement de marges arrières à caractère illégitime.

La DGCCRF réagit à cette interpellation en proposant une enquête sur la base d'un des articles de l'ordonnance Balladur²². L'article 36 (devenu depuis lors l'article 442-6 du Code de commerce) a pour objet la sanction et la réparation au civil des « pratiques restrictives de concurrence ». Or, la discrimination figure parmi ces « pratiques restrictives ». La DGCCRF étend encore le champ de la « discrimination ». Désormais, il est « discriminatoire » pour un distributeur d'exiger de la part du fournisseur des sommes excessives au titre de la « coopération commerciale ». Dans les années qui suivent, on assiste à une routinisation du recours à la DGCCRF par les fournisseurs. Lors de chaque négociation annuelle, des lobbyistes ou des salariés des fournisseurs dénoncent auprès des fonctionnaires des pratiques des distributeurs liées aux marges arrières. La DGCCRF réagit en utilisant ses pouvoirs

²¹ Compte-rendu manuscrit, non daté, mais qui fait mention d'une autre réunion qu'un compte-rendu dactylographié date du 31 janvier 1997 (PH169/07 c.12, DGCCRF B2).

²² Note pour le ministre datée du 24 mars 1997, par Noël Diricq, sous-directeur à la DGCCRF (PH166-97 0001, cabinet d'Yves Galland).

d'enquête et, éventuellement, en assignant des distributeurs en justice au titre de l'interdiction de discriminer. Des traces de l'engagement croissant de la DGCCRF contre la « coopération commerciale » douteuse sont visibles dans des courriers écrits par Benoît Parlos, devenu directeur général de la DGCCRF en 1997. Le 5 janvier 1999, celui-ci écrit que le principal problème à résoudre depuis la loi Galland, ce sont les pratiques abusives des distributeurs.

« Si les pouvoirs publics devaient se tenir prêts à intervenir dans les mois qui viennent, ce serait [...] à propos des méthodes utilisées pour dégager des marges arrière, sujet d'émotion croissante dans l'industrie » (note pour le ministre datée du 5 janvier 1999, PH053-00 c.2, cabinet de Dominique Strauss-Kahn).

L'orientation qu'a prise l'action de la DGCCRF s'explique aussi par la réticence des fournisseurs à engager eux-mêmes des poursuites judiciaires contre les distributeurs, ce que, pourtant, l'article 36 de l'ordonnance Balladur leur permet. Ils préfèrent présenter les cas litigieux aux fonctionnaires. Les directeurs juridiques de certains gros fournisseurs ont tenté de mobiliser l'ILEC autour de cette question, mais n'y sont pas parvenus.

« Il n'y avait pas moyen de faire de procès aux distributeurs. Nous, juristes, on aurait pu faire un tas de choses. [...] Une des raisons c'était la bagarre entre les industriels. Il suffisait qu'un autre industriel dise "tel industriel a dit du mal de vous" à un distributeur pour que celui-ci vous déréférence²³. [...] Entre 1992 et 1997, j'étais président de la commission juridique de l'ILEC. Je leur disais : « Il faut que l'ILEC fasse un procès ». [...] D. de Gramont [le délégué général] n'en a jamais voulu. Le Président non plus n'en voulait pas » (Fournisseurs, juriste 1).

Les fournisseurs, même les plus gros, craignent des représailles de la part des distributeurs s'ils les poursuivent en justice. Chaque distributeur représente jusqu'à 20 % du chiffre d'affaires d'un industriel : il suffit d'un déréférencement par l'une des centrales d'achat pour que l'entreprise soit en danger. La DGCCRF endosse donc la responsabilité des actions en justice. Le recours à cette administration pour engager des procédures judiciaires permet aussi de mobiliser des ressources juridiques plus importantes. La DGCCRF dispose d'un bureau entier, le bureau B2, spécialisé dans les affaires juridiques. Contrairement aux fournisseurs,

²³ Le « déréférencement » consiste pour un distributeur à suspendre temporairement la commande de certains produits du fournisseur, de manière à faire pression sur celui-ci. Étant donné le pouvoir de marché de chaque distributeur, cette action peut se révéler désastreuse pour le fournisseur.

qui la plupart du temps n'emploient qu'un ou deux juristes, ce bureau a une grande expérience des actions en justice. Il s'agit d'un « *repeat player* » (Galanter, 1974), qui maîtrise les rouages du système judiciaire. Par ailleurs, la DGCCRF dispose d'un réseau d'administrations déconcentrées qui lui est propre. Ses 101 directions départementales comptent alors un total de 3228 agents (DGCCRF, 1997). Ces fonctionnaires sont à même de procéder à des enquêtes minutieuses, sur lesquelles la direction centrale peut s'appuyer pour lancer des poursuites judiciaires.

Le développement du rôle de la DGCCRF comme protectrice des fournisseurs contre les distributeurs va cependant venir se heurter à une décision de justice. Le 9 juin 1998, un arrêt de la Cour d'appel de Paris prive la DGCCRF de la faculté de demander elle-même la nullité des pratiques incriminées. Cette décision de justice la prive également du droit de se substituer à la partie lésée pour réclamer des réparations financières. La DGCCRF avait assigné la société Intermarché pour avoir vendu à sept fournisseurs des services de coopération commerciale consistant à faire figurer leurs produits dans un catalogue promotionnel. La DGCCRF estimait que ces avantages étaient « discriminatoires » dans la mesure où le même « service » de coopération commerciale était facturé à des prix différents selon les fournisseurs. La Cour d'appel a estimé que les fournisseurs auraient dû porter l'affaire en justice eux-mêmes et que la DGCCRF n'était pas en mesure de les représenter. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 décembre 2000. Étant donnée l'absence d'assignments par les fournisseurs eux-mêmes, ces décisions ont rendu ineffectives les dispositions relatives à la lutte contre les marges arrière frauduleuses.

2. Une incertitude juridique délibérée qui bénéficie aux fournisseurs (2000-2007)

Votée en 2001, la loi NRE (« Nouvelles régulations économiques ») est un texte dont une partie est consacrée aux relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs. Tout comme Jacques Chirac en 1995, Lionel Jospin tient à afficher une attitude ferme face à la grande

distribution²⁴. Dépouillée par la jurisprudence de ses moyens d'intervention, la DGCCRF voit dans cette nouvelle loi une occasion de s'attaquer plus efficacement aux distributeurs.

2.1. L'élaboration de la loi NRE (2001) : des dispositions délibérément imprécises

À l'automne 1999 s'engage un dialogue entre les fonctionnaires de la DGCCRF et Aline Peyronnet, conseillère technique aux cabinets du ministère de l'Économie et du secrétariat d'État au Commerce. Benoît Parlos, directeur général de la DGCCRF, lui transmet les souhaits de son administration, qui seront pour la plupart repris par le cabinet²⁵. La première demande de la DGCCRF porte sur la procédure judiciaire. L'arrêt du 9 juin 1998 de la Cour d'appel de Paris conduit la DGCCRF à demander que la loi NRE lui permette d'assigner directement les distributeurs et de requérir la nullité des accords illicites. S'ajoutent à cela des demandes portant sur un alourdissement des sanctions. À l'initiative de la DGCCRF, la loi introduit des amendes civiles, ainsi que la faculté pour le ministre de demander la « répétition de l'indu », c'est-à-dire le remboursement par le distributeur des sommes perçues au titre d'accords illégaux. Si l'« avantage » concédé par le fournisseur au distributeur est jugé illégal, le distributeur peut se voir réclamer le remboursement de l'ensemble des sommes ainsi perçues. Cela revient à ponctionner directement les marges du distributeur, parfois pour plusieurs dizaines de millions d'euros.

Si les changements de procédure sont essentiels à l'effectivité du nouveau texte, les dispositions clefs de la NRE sont celles qui encadrent la « coopération commerciale ». Plutôt que de définir des règles strictes en matière de formalisme du contrat de coopération commerciale, la loi NRE introduit à l'article 36 une interdiction large du fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir « d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». La loi donne la possibilité à la DGCCRF de contrôler directement les transactions effectuées par les fournisseurs et les distributeurs pour vérifier si certains critères de justice sont respectés. Le fait de s'en prendre aux « avantages

²⁴ Pierre-Angel Gay : « Lionel Jospin veut mettre un terme aux pratiques abusives de la grande distribution », *Les Échos*, le 28 septembre 1999.

²⁵ Note pour le ministre datée du 7 octobre 1999 par Aline Peyronnet, PH053-00 c.2, cabinet de Dominique Strauss-Kahn. Les demandes de la DGCCRF sont résumées dans une note au ministre signée par le directeur général et datée du 5 octobre 1999 (PH053-00 c.2, cabinet de Dominique Strauss-Kahn).

disproportionnés et sans contrepartie » suppose qu'à un service de coopération commerciale corresponde un prix juste, que la loi de l'offre et de la demande ne saurait à elle seule déterminer.

Cette interdiction des services sans contrepartie ou disproportionnés ne mentionne pas explicitement la coopération commerciale. Toutefois, c'est bien elle qui est visée. La DGCCRF a défini précisément par le passé ce qu'elle entendait par « coopération commerciale » légitime²⁶. Plus important, le fait que la coopération commerciale ne fasse pas l'objet d'une définition dans la loi Galland semblerait au premier abord constituer une ressource nouvelle aux mains des distributeurs, qui pourraient tirer parti de la flexibilité de cette notion pour facturer des services illégitimes et passer outre les recommandations de la DGCCRF. Pourtant, l'absence de définition de la coopération commerciale par la loi NRE s'inscrit dans une stratégie consciente de l'administration. Benoît Parlos explique ainsi les raisons de ce choix :

« Ces propositions sont plus opérationnelles que des tentatives législatives de définition et d'encadrement de la coopération commerciale [...], qui seraient, tôt ou tard, contournées » (annotation portée à la note au ministre signée par le directeur général et datée du 5 octobre 1999, PH053-00 c.2, cabinet de Dominique Strauss-Kahn).

En cela, sa position fait écho à celle qu'a maintenue l'ILEC. Au cours de la période étudiée, ce lobby a constamment réitéré son hostilité à une définition trop précise de la coopération commerciale.

« Pendant très longtemps, les pouvoirs publics ont essayé d'encadrer la coopération commerciale avec tout un bastringue juridique. [...] Et en gros, vous pouvez dire que la coopération commerciale c'est comme une particule quantique. Quand on l'emmerde trop, elle devient virtuelle. [...] Donc la coopération commerciale, quand on l'enfermait dans un truc, plouf, elle s'évadait » (Fournisseurs, lobbyiste 1).

²⁶ Dès 1994, dans une lettre destinée à une enseigne de distribution, elle a précisé que la coopération commerciale excluait les « services qui sont à ce point inhérents à la fonction de distributeur que celle-ci ne peut se concevoir sans eux » (cette lettre, adressée par la DGCCRF à une enseigne, est mentionnée dans le dossier « Fédération de la Maille » précédemment cité : PH169/07 c.12, DGCCRF B2, p. 28). Au-delà de cette définition substantielle des services « spécifiques » recouverts par la coopération commerciale, la DGCCRF émet des recommandations quant à la formalisation des contrats. Elle précise que la coopération commerciale implique une tarification précise des services ainsi qu'un calendrier précisant le moment de leur exécution (annotations des fonctionnaires portées au dossier « Fédération de la Maille »).

Cette stratégie consistant à émettre une interdiction imprécise va au-delà du souci de ne pas édicter des règles inutiles. Il s'agit bien davantage d'être en mesure d'appréhender un spectre de pratiques très large et d'anticiper les changements que les distributeurs apporteront à leurs contrats pour se mettre en conformité avec la loi :

« On regarde les faits et on essaie d'avoir une phraséologie assez large, parce qu'on ne peut pas imaginer *a priori* tous les comportements [...]. Énumérer un type de pratiques, c'est [...] un peu nuisible, parce qu'on se dit que tout ce qui n'est pas cité est licite. Donc après il faut aller convaincre le juge à chaque fois que ce n'est pas parce que la pratique en elle-même n'est pas citée, que celle qui est présentée devant lui n'est pas abusive » (DGCCRF, 4).

Ce fonctionnaire de la DGCCRF, qui a participé à l'élaboration de la loi NRE, craint que le fait d'établir une liste de pratiques légales et illégales conduise les acteurs privés à introduire de nouvelles pratiques. Ces nouvelles pratiques seraient difficiles à faire condamner par les juridictions dans la mesure où elles ne seraient pas explicitement proscrites par le texte.

2.2. L'application de la loi NRE : des poursuites judiciaires imprévisibles

Les distributeurs voient dans l'absence de définition précise de la coopération commerciale légale une source de danger. Dans un document dans lequel il recense et commente tous les changements législatifs intervenus depuis 1996²⁷, un juriste de Maxistore regrette que la loi Dutreil de 2005 ne précise pas davantage la définition de la coopération commerciale :

« La loi légalise la définition de la coopération commerciale, s'inscrivant ainsi dans la continuité de la définition proposée ces dernières années par la Cour de Cassation, à savoir : "[...] des services propres à favoriser la commercialisation des produits du fournisseur, ne relevant pas des simples obligations d'achat/vente [...]". La loi n'est donc pas novatrice sur le sujet, la définition de la coopération commerciale restant toujours imprécise, trop large, sujette à interprétation et donc source d'insécurité juridique ».

Le caractère imprécis de la définition de la coopération commerciale dans la loi est ainsi traduit par un directeur juridique en termes de risque.

²⁷ Ce document a fait l'objet d'une actualisation régulière pendant la carrière du juriste. Il lui sert de mémoire pratique dans son activité de juriste mais aussi de manuel pour les étudiants à qui il enseigne les pratiques restrictives de concurrence.

Grâce aux nouvelles dispositions relatives à la procédure, la DGCCRF peut désormais poursuivre elle-même les distributeurs lorsqu'elle estime qu'ils enfreignent les règles relatives à la coopération commerciale. Au cours de la décennie 2000, l'administration centrale lance entre dix et quinze assignations par an. Ce nombre est élevé au regard du nombre limité des centrales d'achat de la grande distribution. Les fonctionnaires s'accordent une grande liberté dans l'interprétation de la notion d'« avantages disproportionnés et sans contrepartie ». Grâce à la plasticité du texte, les juridictions ont donné raison à la DGCCRF dans la plupart des assignations²⁸. La formulation du nouvel article 442-6 permet de couvrir un très large spectre de pratiques litigieuses. Cela concerne la « disproportion » éventuelle de la rémunération du service, comme le fait de savoir si le service rendu constitue un « avantage sans contrepartie ». Selon les décisions, les juges utilisent des mesures différentes pour déterminer si un taux de rémunération est « disproportionné » ou non. Dans une décision du 28 mars 2007, le tribunal de commerce de Nanterre estime que la rémunération d'un prospectus est disproportionnée dans la mesure où, sur les cent fournisseurs y figurant, seuls quinze ont payé cette prestation (DGCCRF, 2008, p. 11). Dans une décision du 25 juillet 2007, le tribunal de commerce d'Angers fonde la disproportion sur « la comparaison entre le montant des ventes réalisées pendant une opération promotionnelle et le montant de la rémunération perçue par le distributeur au titre de cette opération ». De la même manière, des services très divers sont qualifiés de contreparties ne justifiant pas la perception d'avantages financiers. Il arrive que les tribunaux de commerce se penchent de très près sur la nature des services rendus et qu'ils apprécient leur utilité au regard du fonctionnement général des relations industrie-commerce. Dans son rapport de 2007 sur les décisions de justice entre 2004 et 2007, la DGCCRF s'en félicite d'ailleurs. On voit une illustration de cette singularisation des décisions dans le jugement du tribunal de commerce de Créteil du 24 octobre 2006. Le tribunal estime que « les statistiques fournies par une enseigne étaient trop imprécises pour dispenser les fournisseurs d'en acquiescer d'autres plus fines auprès d'une société spécialisée » (DGCCRF, 2008, p. 18).

²⁸ Il y a malgré tout eu quelques décisions défavorables à la DGCCRF. Parfois, le tribunal refuse de qualifier comme avantage sans contrepartie une pratique considérée comme telle par la DGCCRF (arrêt du 18 octobre 2004 de la Cour d'appel de Bourges, DGCCRF, 2008, p. 4). Dans certains cas plus rares, le tribunal porte un jugement plus global sur la légitimité de l'action de la DGCCRF contre la coopération commerciale litigieuse. Le tribunal considère parfois la coopération commerciale, même litigieuse, comme étant légitime dans la mesure où celle-ci ferait l'objet de l'accord du fournisseur et où elle correspondrait à l'état du marché (décision du 21 novembre 2006 du tribunal de commerce de Meaux, DGCCRF, 2008, p. 9).

2.3. Les distributeurs face à « l'aléa juridique » : vers un encadrement interne de la coopération commerciale

Les assignations de la DGCCRF constituent une ressource rhétorique aux mains des juristes dans leur travail auprès des négociateurs et auprès des dirigeants des enseignes. Ces juristes ont une conduite similaire à celle des professionnels des ressources humaines décrits par Frank Dobbin (2009). Plutôt que de réagir aux décisions de justice au cas par cas, ils mettent en scène le danger qu'elles représentent pour justifier la mise en place de règles internes tendant à standardiser certaines pratiques liées à la négociation commerciale. Ainsi, en 2007, le tribunal de commerce de Créteil condamne une enseigne de distribution à une répétition de l'indu à raison de 72 millions d'euros. La pratique incriminée était un service de coopération commerciale représentant environ 10 % du chiffre d'affaires réalisé avec les fournisseurs. La DGCCRF a fondé son assignation sur les contrats de coopération commerciale conclus avec quatre fournisseurs très importants, ce qui explique le montant exceptionnel de la sanction. Encore aujourd'hui, cette condamnation sert aux juristes, comme ressource rhétorique à destination des opérationnels. Le jugement en appel n'a toujours pas été rendu, mais cette échéance est connue des autres opérateurs. Pendant l'observation, nous avons entendu le directeur juridique commercial de Maxistore en parler avec une des directrices de marché de l'enseigne²⁹.

Étant donnée la lenteur des procédures, chaque assignation ne donne pas lieu à un ajustement mécanique des pratiques. Entre la constatation des faits et le jugement en première instance, il s'écoule généralement plusieurs années. Le délai est similaire entre un jugement en première instance et une décision en appel. Dans la majorité des cas, les parties déboutées portent l'affaire en appel, puis, le cas échéant, en cassation. Ainsi, les pratiques qui font l'objet de la condamnation ont cessé plusieurs années avant celle-ci. Les condamnations constituent un risque que les juristes présentent comme inévitable, mais face auquel ils sont prêts à recommander des mesures de prévention qui accroissent leur propre pouvoir. Ce faisant, ils se présentent comme étant capables de maîtriser la « zone d'incertitude » (Crozier et Friedberg, 1977) créée par les assignations de la DGCCRF. La directrice juridique de l'enseigne visée

²⁹ Les directeurs de marché, ou « DM », sont les commerciaux qui supervisent la négociation et l'animation commerciale dans un « marché » particulier. Le « marché » comprend un ensemble de produits d'une même nature, tels que les produits d'hygiène, l'épicerie, les boissons, etc.

par la condamnation exposée ci-dessus s'appuie sur celle-ci pour souligner et dénoncer le manque de rigueur de son employeur dans la formalisation de ses contrats.

« Vous avez toujours un aléa judiciaire. [...] C'était en 2001. En plus, nous, on a eu des gens qui ont été interviewés, qui étaient des gens en magasin et qui, sincèrement, ont dit des choses inexactes par méconnaissance. Et donc on l'a eu sur le PV et c'est parti, voilà. Donc nous on a fait des conneries, maintenant la DGCCRF n'a fait que son job » (Distributeurs, juriste 1)

Grâce à ce cadrage des assignations de la DGCCRF comme un « aléa juridique » amplifié par un manque de rigueur organisationnelle, les juristes sont parvenus à obtenir une augmentation de leurs ressources et une expansion graduelle des procédures internes et de contrôle des relations commerciales. Comme l'illustre la dernière citation, les condamnations seraient dues non pas à une intention malveillante mais à la « méconnaissance » et à un manque de standardisation des pratiques.

Les distributeurs ont adhéré au discours des juristes sur les condamnations et ont ajouté progressivement des procédures internes de planification et de contrôle de la négociation commerciale, tout en augmentant les ressources confiées « au juridique ». C'est à partir de 2001, au moment où la loi NRE entre en vigueur, que s'amorce un mouvement de croissance des directions juridiques des enseignes de distribution françaises, qui se structurent autour de la question des relations industrie-commerce. Ainsi, l'actuel directeur juridique commercial de Maxistore avait débuté en 1997 dans une enseigne plus petite.

« À partir de 2001 [...] on était deux juristes, et là on me demande de constituer la direction juridique de l'enseigne. [...] Et comme sur ce type d'activité le nerf de la guerre c'était la centrale d'achat, je me spécialise totalement dans les relations industrie/commerce. Je constitue une petite équipe autour de moi [...], on était quatre juristes » (Maxistore, directeur juridique commercial).

Lorsqu'il arrive chez Maxistore en 2005, il devient directeur juridique commercial. Placé sous l'autorité du directeur juridique de l'enseigne, il coordonne notamment l'activité des juristes spécialisés dans les relations avec les fournisseurs. Auparavant, le service était dirigé par l'ancienne secrétaire du co-fondateur de l'enseigne, qui n'avait pas reçu de formation formelle en droit. La trajectoire de la directrice juridique d'une autre enseigne témoigne de la même tendance à la professionnalisation.

« J'ai fait mon stage pendant que j'étais à l'école d'avocats chez [enseigne X], parce que je travaillais avec un avocat qui travaillait pour [cette enseigne] et qui m'a proposé

ça. [...] Il n'y avait pas de service juridique à ce moment-là chez [enseigne X]. Après, on m'a demandé de revenir pour créer le service juridique. [...] Et donc il y avait un avocat à l'époque qui suivait toutes les questions juridiques et qui venait *grosso modo* deux jours par semaine. Et pendant dix ans d'ailleurs j'ai été toute seule. Et après j'ai créé au fur et à mesure du temps le service juridique » (Distributeurs, juriste 2).

Désormais cette direction juridique comprend huit personnes qui chacune supervise un « marché » lors de la saison des négociations commerciales.

Munis de ressources plus importantes, ces juristes diffusent des règles qu'ils présentent comme étant le meilleur moyen pour se prémunir contre les assignations de la DGCCRF. Ils veillent à ce que les contrats soient bien rédigés, à ce qu'ils soient signés avant le versement des marges arrière et à ce que le service rendu en contrepartie soit bien assuré. Ces routines organisationnelles aboutissent à un encadrement strict de l'activité des commerciaux. Les contrats sont définis de façon standardisée pour tous les acheteurs. Au niveau de l'enseigne, les juristes déterminent notamment chaque année quelles seront les contreparties raisonnables pour différents montants de coopération commerciale. Ils indiquent par exemple à l'acheteur dans quelle fourchette de prix il peut négocier les prospectus. Un négociateur de Maxistore, qui était déjà présent dans l'enseigne lorsque la coopération commerciale était pratiquée, décrit ainsi le caractère tatillon du contrôle exercé sur la négociation commerciale :

« Si vous avez inscrit un nombre de 60 prospectus avec Maxistore et que vous en avez fait 59, c'est pas 60 et vous pouvez remettre en cause la coopération commerciale que vous avez contractualisée. [...] Après, il y a la question : est-ce qu'on considère que c'est un prospectus ou pas, est-ce qu'il a la même vocation que les autres prospectus ? » (Maxistore, négociateur).

La dernière phrase illustre le fait que, malgré la mise en place croissante d'outils de planification, aucun distributeur ne peut se déclarer à l'abri d'une assignation de la DGCCRF. L'« aléa juridique » imposé par celle-ci entraîne un accroissement du contrôle interne de la négociation commerciale.

Grâce au contrôle administratif de la négociation commerciale exercé en interne par les juristes, le système de négociation mis en place suite à la loi Galland, basé sur les marges arrière, s'est maintenu jusqu'en 2009, année où est entrée en vigueur la loi LME. Le contrôle tatillon des contreparties au contrat de coopération commerciale bénéficie au fournisseur. Selon le négociateur de Maxistore cité ci-dessus, il était devenu « très facile de contester un accord pris », car la charge de la preuve reposait sur le distributeur. Désormais, les

fournisseurs étaient libres de choisir leurs tarifs et les prix de revente au consommateur, les guerres des prix entre enseignes étant devenues impossibles. Les avantages que les fournisseurs ont retiré de ce système sont toutefois à relativiser. Ils ont progressivement augmenté leurs tarifs, mais les distributeurs ont cherché à compenser ces augmentations par des hausses des sommes exigées au titre de la « coopération commerciale ». Selon des calculs effectués par la DGCCRF en 2003³⁰, le système des marges arrière a entraîné une augmentation tarifaire annuelle de 13 milliards d'euros. Sur ces 13 milliards d'euros, les fournisseurs percevraient moins de 5 milliards, le reste étant accaparé par les distributeurs. Enfin, le choix fait par la DGCCRF de protéger les fournisseurs se fait au détriment des consommateurs. Les augmentations tarifaires ont entraîné une inflation importante, atteignant un pic de 6,5 % en rythme annuel en août 2001³¹.

3. La mise en échec de l'incertitude juridique par les distributeurs (2008-2014)

Alors qu'elle était devenue capable d'imposer un système protecteur pour les fournisseurs, la DGCCRF voit ses moyens de contrôle s'éroder à partir de 2005. Les majorités UMP successives se rallient aux positions libérales des distributeurs, qui souhaitent retrouver la liberté de fixer leurs prix de vente. La DGCCRF s'adapte à ce nouveau contexte en tentant de mettre en place un contrôle *a priori* des contrats utilisés dans les échanges entre distributeurs et fournisseurs.

3.1. La DGCCRF affaiblie

Les lois Dutreil, Chatel et LME, qui se succèdent entre 2005 et 2008, mettent progressivement fin au système des marges arrière. La loi Dutreil est votée en 2005, sous la présidence de Jacques Chirac. Les lois Chatel et LME sont votées en 2008, sous la présidence de Nicolas Sarkozy. La loi Dutreil crée un nouveau mode de calcul du seuil de revente à perte qui intègre tous les avantages financiers accordés par le fournisseur à son distributeur. Les distributeurs peuvent désormais réintégrer dans leurs prix de revente les sommes qui leur sont versées au titre de la coopération commerciale. Votées toutes les deux en 2008, les lois Chatel

³⁰ « L'impact des pratiques commerciales sur les consommateurs, les distributeurs, et les producteurs », 02/07/20003 (DGCCRF B2, PH 279-05 c.6).

³¹ INSEE : indice des prix à la consommation, catégorie « prix alimentaires ».

et LME assouplissent les règles relatives à la négociation et à la facturation et permettent aux distributeurs d'obtenir des réductions de prix avec un formalisme allégé et des contreparties minimales. Cette libéralisation fait suite à un *lobbying* important de la Fédération du commerce et de la distribution (FCD), le syndicat patronal de la grande distribution, d'une part, et d'autre part de Michel-Édouard Leclerc, dont l'enseigne a toujours refusé de rejoindre cette fédération professionnelle. Ces acteurs ont mis en avant le fait qu'une libéralisation de la négociation commerciale entraînerait une concurrence accrue entre les enseignes sur les prix, augmentant d'autant le pouvoir d'achat des consommateurs³². L'argument de l'intérêt du consommateur a été repris par Nicolas Sarkozy, qui s'est impliqué personnellement pour défendre cette libéralisation auprès des électeurs³³.

Contrairement aux lois précédentes, les lois Dutreil, Chatel et LME voient la DGCCRF perdre sa maîtrise sur la rédaction des textes. C'est surtout vrai pour la loi LME, dont une grande partie de l'élaboration est confiée à une commission dirigée par Dominique Hagelsteen, une conseillère d'État membre de l'Autorité de la concurrence depuis 1989. Aucun membre de la DGCCRF ne siège dans cette commission. Or, l'Autorité de la concurrence défend une conception ordolibérale de la régulation économique, selon laquelle l'intervention de l'État n'est justifiée que si elle augmente la pression concurrentielle et bénéficie *in fine* au consommateur (Denord, 2008). L'Autorité de la concurrence a connu une montée en puissance progressive depuis les années 1970. Entre 1977 et 1986, elle s'appelait « Commission de la concurrence » et n'était qu'un organe interne à la Direction générale de la concurrence et de la consommation (DGCC), l'ancêtre de la DGCCRF. Elle a peu à peu gagné en autonomie, devenant successivement le Conseil de la concurrence (en 1986) puis l'Autorité de la concurrence avec la loi LME³⁴. Chargée de faire appliquer le droit de la concurrence en matière d'ententes et de concentrations, elle utilisait les moyens d'enquête de la DGCCRF. Avec la loi LME, elle devient fonctionnellement indépendante et une partie des moyens d'enquête de la DGCCRF lui sont transférés.

³² Telle est la rhétorique avancée par la FCD dans une réponse écrite à une consultation publique lancée par la DGCCRF en 2008. Ce document nous a été remis au cours d'un entretien.

³³ Voir : « Sarkozy défend sa loi bec et ongles », *Le Parisien*, 14/05/2008.

³⁴ La loi LME ne contient pas uniquement des dispositions relatives aux relations fournisseurs-distributeurs. Elle couvre de nombreux aspects de la régulation économique.

L'intervention de la DGCCRF pour diminuer le pouvoir de marché de la grande distribution a toujours paru suspecte à l'organisme qui allait devenir l'Autorité de la concurrence. En 1985, la DGCC saisit la Commission de la concurrence pour que celle-ci interdise les fusions entre distributeurs qui venaient d'avoir lieu. La Commission refuse, au titre que les nouvelles centrales d'achat, plus grandes, permettront d'augmenter la pression sur les fournisseurs et ainsi de faire baisser les prix³⁵. En 2007, le Conseil de la concurrence rend une décision condamnant des fabricants de jouets ainsi que Carrefour pour entente sur les prix, qui revient à caractériser le système des « marges arrière » comme relevant d'une collusion entre fournisseurs et distributeurs³⁶. Pour toutes ces raisons, les fonctionnaires de la DGCCRF perçoivent la loi LME comme une reprise en main de la question des relations fournisseurs-distributeurs par l'Autorité de la concurrence.

« Après la loi Chatel [...] le gouvernement a [...] transféré le dossier à une réflexion de l'Autorité de la concurrence. Donc vous aviez eu le rapport Hagelsteen avant la LME. Sachant que l'Autorité de la concurrence, quand elle réfléchit sur les relations commerciales, [...] considère que le titre IV [le chapitre du Code de commerce qui réunit les textes relatifs aux relations fournisseurs-distributeurs] est une hérésie, en gros » (DGCCRF, 5).

La loi LME voit ainsi de nouveaux principes de régulation économique l'emporter en matière de relations fournisseurs-distributeurs. Ces principes sont saillants dans le rapport rédigé par la commission Hagelsteen, qui estime que l'ancien mode de régulation mis en place par la DGCCRF « nuit au développement d'une véritable concurrence par les prix » et qu'il est source de « collusion » (Hagelsteen, 2008, p. 18).

D'autres facteurs, liés aux réformes affectant l'ensemble de l'administration française, contribuent également à affaiblir la DGCCRF. En 2008, le gouvernement scinde en deux l'administration déconcentrée de la DGCCRF³⁷. Les directions régionales dépendant

³⁵ Avis n°100 de la Commission de la concurrence rendu en application de l'article 1^{er} de la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 et relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements. Avis du 14/03/1985. Bocc n°6 du 19/04/1985.

³⁶ Décision 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets.

³⁷ Circulaire du 7 juillet 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État.

auparavant de cette administration centrale sont fusionnées avec les services du travail, de l'emploi et de l'industrie au sein des « DIRECCTE » : les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Par l'intermédiaire de leur directeur régional, ces services restent toujours sous la direction de la DGCCRF. En revanche, au niveau départemental, les anciens services DGCCRF font désormais partie des directions départementales des territoires et sont placés sous l'autorité du préfet. Parallèlement, en vertu de la Révision générale des politiques publiques (RGPP), 250 postes sont supprimés entre 2009 et 2012, sur un total d'environ 3500³⁸. Ces contraintes ont pour effet de diminuer les ressources organisationnelles dévolues au contrôle des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs.

3.2. *Le choix contraint d'un nouveau mode de contrôle de la grande distribution*

Alors qu'elle se voit imposer une libéralisation de la négociation commerciale, la DGCCRF change de stratégie. Elle parvient à faire introduire une nouvelle disposition dans la loi LME, proscrivant les clauses contractuelles susceptibles de créer un « déséquilibre significatif » au détriment du fournisseur. L'expression « déséquilibre significatif » est un emprunt à la loi Scrivener de 1978, qui réprime les clauses abusives dans les contrats entre un particulier emprunteur et un organisme de crédit³⁹. La DGCCRF tente ainsi de redéfinir la relation fournisseur-distributeur comme une relation entre un consommateur et une entreprise puissante susceptible d'abuser de la faiblesse de ce dernier. Cette redéfinition rend l'intervention de la puissance publique en faveur des fournisseurs plus justifiable aux yeux des tenants de l'ordolibéralisme, comme l'Autorité de la concurrence. Le droit de la consommation reconnaît le déséquilibre du rapport de force entre le consommateur et les entreprises qui lui fournissent des biens et des services. S'il n'est pas régulé, ce déséquilibre peut empêcher les marchés de fonctionner de manière concurrentielle. Pour que le consommateur joue son office d'agent de mise en concurrence, il faut que l'État intervienne pour s'assurer que celui-ci dispose d'une information fiable sur les produits et que les clauses du contrat qui le lie à la partie forte ne soient pas abusives (Pinto, 2013). Mais contrairement

³⁸ Loi n°2009-135 du 9 février 2009 de programmation des finances publiques pour les années 2009 à 2012.

³⁹ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

au droit des relations distributeurs-fournisseurs né de la loi Galland (1996) et de la loi NRE (2001), la réglementation ne vise plus à déterminer un prix juste pour certains biens et services. Le prix juste est désormais celui issu du jeu concurrentiel du marché.

En outre, ce nouveau mode de régulation prend appui sur la juridicisation des relations distributeurs-fournisseurs consécutive aux lois précédentes. Avec le « déséquilibre significatif », le contrôle cesse de porter sur les transactions (l'aval de la relation commerciale) pour se concentrer sur les contrats annuels encadrant ces transactions (l'amont de la relation commerciale). Cela rend le contrôle moins coûteux en ressources humaines : au lieu d'analyser de nombreuses factures, les agents de la DGCCRF peuvent se contenter d'analyser le contrat unique proposé par chaque enseigne à ses fournisseurs. La DGCCRF a préfiguré cette réorientation dans les lois Dutreil (2005) et Chatel (2008) qui ont précédé la loi LME. Ces deux lois augmentent les exigences en matière de formalisme et poussent les distributeurs à rationaliser leurs pratiques contractuelles. Jusqu'alors, la négociation entre un distributeur et un fournisseur portant sur les conditions tarifaires de l'année en cours n'était pas forcément formalisée au moyen d'un contrat. La loi Dutreil impose une finalisation des négociations commerciales avant le 15 février de chaque année. La loi Chatel impose de réunir en une seule convention annuelle l'accord entre distributeur et fournisseur sur le tarif, ainsi que les différentes réductions que celui-ci lui accorde. Dernier avantage du « déséquilibre significatif » pour la DGCCRF : il s'agit d'une notion très flexible, propre à créer de l'incertitude juridique chez les distributeurs. À l'instar de l'« avantage disproportionné et sans contrepartie » visant la coopération commerciale illégitime dans la loi NRE (2001), la formulation employée est délibérément large et s'abstient de mentionner des clauses particulières. Il s'agit, comme pour la loi NRE, d'une stratégie délibérée de la part de la DGCCRF :

« Cette notion permet d'englober différentes pratiques, plutôt qu'une liste descriptive de pratiques [...]. Parce que la difficulté, c'est que quand on liste dans la loi des pratiques, il y a toujours une entreprise qui va avoir de l'imagination et qui va trouver une pratique qui n'est pas listée dans la loi — et là, évidemment, ce sera quand même constitutif d'une pratique abusive, mais on n'aura pas de moyens de proposer une sanction » (DGCCRF, 6)

Encore une fois, la définition imprécise des clauses illégales est censée anticiper les comportements futurs des distributeurs et créer une imprévisibilité juridique.

Sur la base de ce nouveau texte, l'administration analyse les documents contractuels utilisés par toutes les centrales d'achat dans leurs échanges avec leurs fournisseurs pour identifier les clauses qui lui semblent relever du « déséquilibre significatif ». Une fois instruits, ces dossiers donnent lieu à des procédures devant des tribunaux civils. Des procédures simultanées sont lancées en octobre 2009⁴⁰. Étant donné leur nombre important, elles semblent destinées à créer immédiatement une jurisprudence et à démontrer que ce texte peut permettre de sanctionner un spectre très large de pratiques. Le caractère large de la notion de « déséquilibre significatif » a permis, grâce à une seule et même disposition, de rendre illégales des clauses de nature variée. Dans une décision du 7 septembre 2011, le tribunal de commerce de Lille condamne l'enseigne Auchan pour avoir imposé uniformément des taux de services trop élevés (DGCCRF, 2012, p. 7). Un taux de service est un pourcentage cible de livraison de produits en temps et en heure. Si le taux de service n'est pas atteint, le distributeur impose au fournisseur des pénalités financières automatiques. Deux ans plus tard, dans une décision du 27 juin 2013, le tribunal de commerce d'Évry condamne un distributeur pour avoir imposé à ses fournisseurs d'assurer à leur charge le retour des produits détériorés en magasin par les clients, lors d'opérations promotionnelles. Un des cas de figure visés par la clause incriminée est celui où des clients arrachent un des produits dans un lot où le deuxième produit est offert. Par ailleurs, la référence au droit de la consommation est un succès. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 septembre 2013, la jurisprudence établit explicitement que le droit de la consommation peut inspirer l'application de la notion de déséquilibre significatif (DGCCRF, 2014, p. 13). Alors que ce sujet a été débattu dans des jugements en première instance, la Cour d'appel de Paris précise dans un arrêt du 4 juillet 2013 que le caractère « déséquilibré » d'une clause peut s'apprécier « *a priori* », et qu'« il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée » (DGCCRF, 2014, p. 10).

3.3. *Un nouveau mode de contrôle qui a échoué à rééquilibrer les relations industrie-commerce*

L'effet combiné des nouvelles dispositions législatives et de l'absence de poursuites de la DGCCRF en matière de négociation commerciale a été de mettre fin au système des marges arrière qui avait émergé suite à la loi Galland (1996). Le système est devenu similaire à celui

⁴⁰ « Neuf grandes enseignes dans le viseur de Bercy pour pratiques abusives avec les fournisseurs », *Le Point*, 28/10/2009.

qui prévalait avant cette loi : pour être compétitifs, les distributeurs exigent des avantages financiers, qui servent ensuite à faire baisser les prix de revente au consommateur. Les changements intervenus avec les lois Dutreil, Chatel et LME, inspirés par l'Autorité de la concurrence, ont produit l'effet escompté. Il s'est récemment amorcé une « guerre des prix » entre les enseignes (Dauvers, 2014), ce qui n'était plus arrivé depuis la loi Galland. Encore aujourd'hui, la grande distribution est dans un cycle déflationniste, avec une déflation de 1,4 % sur l'ensemble de la grande distribution en 2014⁴¹. Ce cycle déflationniste s'accompagne de fortes tensions entre les distributeurs et les fournisseurs, qui tentent de résister aux demandes de réductions de prix que leur adressent les distributeurs. Pour faire plier les fournisseurs, les distributeurs n'hésitent pas à retirer certains produits phares des rayons. Ainsi, le groupe Casino a déréférencé les produits Coca-Cola pendant plusieurs semaines en 2014⁴².

S'ils ont rapidement utilisé les possibilités ouvertes par la libéralisation de la négociation commerciale, les distributeurs se sont en revanche montrés scrupuleux dans la mise en conformité formelle aux règles introduites par les lois Dutreil, Chatel et LME. Au fur et à mesure des réformes, ils ont augmenté la taille des contrats proposés à leurs fournisseurs, au point que ces documents sont devenus des outils de planification interne. À partir de 2005, Maxistore met en place une actualisation annuelle des contrats. Les directeurs commerciaux et la direction juridique se réunissent plusieurs fois pour établir les contrats de l'année suivante. Leur rôle dépasse désormais largement celui de la mise en conformité avec les prescriptions de la DGCCRF. À côté des contrats commerciaux censés protéger les fournisseurs de pratiques abusives, tous les distributeurs ont ajouté des documents qui planifient un certain nombre de points logistiques et juridiques, comme les conditions de livraison et la responsabilité en cas d'avarie. À partir de 2009, les décisions rendues par les juridictions au titre du « déséquilibre significatif » ont fait l'objet d'un suivi régulier par les directions juridiques et ont mené à des modifications du contrat-type. Les dispositions votées depuis 2005 ont donc accéléré la juridicisation de la vie interne des distributeurs, qui avait commencé sous les lois Galland (1996) et NRE (2001) avec la constitution de directions

⁴¹ « Grande distribution : les consommateurs gagnants de la guerre des prix », *Le Figaro*, 13/04/2015.

⁴² « Coup dur pour Coca-Cola : le groupe Casino a déréférencé certains produits de ses rayons », *LSA*, 02/05/2014.

juridiques. Les juristes ont appuyé le processus de juridicisation : ils se sont servis des assignations de la DGCCRF afin que le droit devienne un moyen de régulation interne de l'entreprise.

Alors que leur expansion s'appuie en partie sur les assignations de la DGCCRF au titre du « déséquilibre significatif », les contrats-types des distributeurs suscitent pourtant le mécontentement des fournisseurs, qui y voient une source de contraintes.

« De par leur organisation et leur gigantisme, [les distributeurs] ont toujours anticipé et établi un certain nombre de documents, plus ou moins bien rédigés au fil des années, et qui vont du contrat de référencement aux conditions générales d'achat, aux modalités logistiques et administratives, au contrat *supply-chain*, enfin énormément de documents qui tournent autour de la notion de service client. Donc, la commande d'une livraison, c'est beaucoup de logistique [...]. Uniquement pour dire "voilà comment j'achète vos produits, voilà comment je les réceptionne, voilà comment je souhaite que la relation se passe. Et, bien évidemment, vous me devez des pénalités si jamais vous ne me livrez pas comme je le souhaite [...]". Il n'y a aucune négociation possible [...]. Ce sont des contrats d'adhésion et vous les signez ou vous ne les signez pas » (Fournisseurs, juriste 1).

L'orientation de la DGCCRF vers un contrôle des contrats-types n'a pas rempli l'objectif initial qui était de rééquilibrer la relation commerciale au profit du fournisseur. Contrairement aux dispositions encadrant la coopération commerciale, la juridicisation qui s'appuie sur les dispositions relatives au « déséquilibre significatif » ne protège pas les fournisseurs.

L'observation conduite chez Maxistore permet de montrer comment les juristes s'appuient sur les assignations de la DGCCRF pour créer et faire appliquer de nouveaux objets juridiques tout en s'écartant de l'objectif de rééquilibrage de la relation industrie-commerce. On peut l'illustrer avec la mise en place récente par l'enseigne du « Contrat taux de service »⁴³. Le taux de service est le taux cible de produits livrés en temps et en heure par le fournisseur. S'il n'atteint pas ce taux, il se voit infliger des pénalités financières automatiques. En 2012, l'enseigne met en place un nouveau contrat séparé portant exclusivement sur la détermination du taux de service et sur le calcul des pénalités logistiques dues par le fournisseur en cas de non atteinte de ce taux cible. Des dispositions portant sur les taux de service existaient déjà

⁴³ Le nom du contrat a été changé à des fins d'anonymisation.

dans les contrats-types précédents, mais le nouveau contrat est beaucoup plus détaillé. Cet accroissement du formalisme relatif aux taux de service fait suite à un contrôle de la DGCCRF réalisé en 2012. Face à ce qu'ils présentent comme un risque d'assignation au titre du déséquilibre significatif, les juristes de Maxistore élaborent une nouvelle procédure complexe, destinée à prouver qu'il y a bel et bien eu concertation entre les parties. Deux changements sont apportés. D'abord, une concertation doit avoir lieu pour déterminer le taux de service cible inscrit sur le document. Ensuite, le cas échéant, avant que des pénalités financières soient facturées, il doit y avoir « échange » entre le service facturant les pénalités et le fournisseur sur la réalité des incidents de livraison.

L'observation de la mise en place de ces changements montre que ceux-ci ne vont pas dans le sens d'un rééquilibrage des relations industrie-commerce. Ils étaient présentés comme étant de nature à favoriser un dialogue « objectif » entre le distributeur et le fournisseur sur le taux de service cible et, le cas échéant, sur la réalité des manquements. Les exemples de mise en œuvre montrent que l'exécution du contrat revient à envoyer, après la constatation des manquements par l'enseigne, un courriel type au fournisseur lui demandant de faire part de ses remarques. Celui-ci a quinze jours pour répondre. Finalement, Maxistore finit par retirer entre 30 % et 50 % de la somme initialement réclamée au titre des manquements, sans qu'il y ait véritablement de « dialogue » avec le fournisseur. La direction juridique se sert pourtant des condamnations au titre du déséquilibre significatif comme d'un argument pour inciter les services concernés à appliquer ces nouvelles règles internes. Nous avons assisté à une interaction allant dans ce sens. Un responsable logistique a fait part d'un cas où le fournisseur contestait le montant du taux de service cible figurant dans son contrat. Il estimait cette contestation infondée et ne semblait pas prêt à modifier ce taux. En réponse à ce récit, une des juristes de Maxistore souligne au contraire la nécessité d'un « échange entre les Parties ». Pour appuyer ce point, elle rappelle la condamnation récente d'Auchan, une enseigne concurrente de Maxistore, pour avoir fixé un taux de service à 98,5 % « de manière autoritaire ».

En décalant le contrôle par l'administration des pratiques commerciales vers le contrat signé en amont, la loi LME prive la DGCCRF d'une source d'information directe sur la réalité du rapport de force économique entre les distributeurs et leurs fournisseurs. Même si elle n'est pas porteuse d'une « injonction à négocier », comme les lois relatives aux 35 heures (Pélisse, 2011), la loi LME (2008) est exposée à des effets similaires de managérialisation du droit. Cette loi a encouragé les distributeurs à accroître la taille et le rôle des documents

contractuels. Comme nous le voyons dans l'exemple qui précède, leur caractère juridique, standardisé et formel leur donne une apparence de légitimité. La DGCCRF semble considérer que la simple présence de ces documents témoigne d'une mise en conformité avec la loi.

4. Conclusion

Des sociologues du droit ont regretté que les lois soient trop générales et que cette trop grande généralité permette aux organisations de les appliquer de manière flexible, en individualisant les situations. L. B. Edelman et ses collègues mettent ainsi en avant les quasi-procès (« *grievance procedures* ») utilisés par les entreprises étatsuniennes pour traiter des cas de discrimination (Edelman et al., 1999). J. Pélisse (2011) insiste sur le fait que les lois sur les 35 heures ne produisent qu'une injonction à négocier, de laquelle les grandes entreprises, plus puissantes, sortent gagnantes. Notre cas témoigne d'un processus plus complexe, que l'on peut diviser en deux phases. Des lois floues visant les entreprises produisent d'abord une irruption du droit dans les organisations, qui a de grandes chances de modifier substantiellement leurs pratiques. Le caractère général et ambigu de la loi NRE (2001) a, au départ, constitué une ressource aux mains de l'État. Dans les années qui ont suivi, les distributeurs ont commencé à mettre en place des règles intra-organisationnelles contraignantes pour les négociateurs. Les règles floues ont incité les distributeurs à se doter de ressources juridiques, en augmentant par exemple le nombre de juristes d'entreprise. Ces professionnels se sont appuyés sur l'incertitude juridique pour obtenir encore davantage de moyens et accroître leur rôle. Ce processus est similaire à celui décrit par F. Dobbin (2009) à propos des professionnels des ressources humaines et le droit anti-discrimination des États-Unis. Mais cette irruption du droit au sein des grandes entreprises finit par se retourner contre l'État. L'action en interne des juristes d'entreprise conduit à accroître le rôle de dispositifs juridiques comme les contrats, dont on multiplie le nombre et la taille. Comme nous l'avons montré, ces documents deviennent l'objet principal du contrôle par l'État, au détriment de l'examen des pratiques réelles des acteurs économiques. En utilisant le langage du droit, présumé éthique (Bourdieu, 1986), les acteurs économiques sont mieux équipés pour désamorcer l'action de l'État.

Le mode d'écriture des lois utilisées contre les acteurs économiques n'est pas le seul facteur explicatif de l'efficacité de l'action de l'État. Tout au long de la période étudiée, la DGCCRF apparaît comme un acteur réflexif, adaptant ses objectifs et ses stratégies aux ressources dont elle dispose et à son environnement. Comme l'ont montré R. Stryker et N. Pedriana (2004), la

capacité de l'administration à faire plier les grandes entreprises tient pour beaucoup à la manière dont elle interagit avec d'autres acteurs. Peu dotée, la DGCCRF trouve dans l'alliance avec les fournisseurs, acteur réputé dominé, un moyen de déployer son expertise juridique. Elle est en mesure de mettre en place une régulation stricte des transactions entre distributeurs et fournisseurs. Elle s'assure que les acteurs réputés puissants ne profitent pas de leur pouvoir de marché pour en retirer des avantages économiques abusifs. Suite aux lois Dutreil, Chatel et LME, qui réduisent sa faculté à contrôler les transactions entre distributeurs et fournisseurs, la DGCCRF doit changer son mode de régulation. L'objectif abstrait de protection de la concurrence devient le pivot autour duquel s'organise l'intervention de l'État dans l'économie. La détermination des prix devient la prérogative des acteurs économiques. Le rôle de l'État se réduit à s'assurer que les relations commerciales soient prévisibles et transparentes. On voit se dessiner une trajectoire où le régulateur devient plus distant des acteurs économiques et du pouvoir politique. Mais comme le montre le cas de la DGCCRF, ce nouveau mode de régulation s'expose aux stratégies de contournement des grandes entreprises, qui n'ont cessé d'accroître leurs ressources juridiques.

Remerciements

Je remercie Claire Lemerrier pour ses relectures et conseils sur les différentes versions de cet article. J'ai également bénéficié de mon passage au « séminaire article » du Centre de sociologie organisations. Parmi les participants, je remercie tout particulièrement Jérôme Aust, Sophie Dubuisson-Quellier, Pierre François, Jean-Noël Jouzel et David Santana. Enfin, je tiens à remercier les relecteurs anonymes de *Sociologie du travail* pour leurs corrections et leurs suggestions.

Références

- Barrey, S., 2001. Formation et calcul des prix : le travail de tarification dans la grande distribution. *Sociologie du travail* 48 (1), 142–158.
- Bourdieu, P., 1986. La force du droit. *Éléments pour une sociologie du champ juridique*. Actes de la recherche en sciences sociales 64, 3–19.
- CAEF, 2004. Historique des Directions et des Services du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. Centre des archives économiques et financières, Paris.
- Crozier M., Friedberg E., 1977. L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective. Le Seuil, Paris.
- Dauvers, O., 2014. Le pari fou du casse du siècle ! *Tribune grande conso* 132, 1.

- Denord, F., 2008. Néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950). *Histoire, économie et société* 27 (1), 23–33.
- DGCCRF, 1997. Rapport annuel 1996. Rapport, Paris
- DGCCRF, 2008. Pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'activité contentieuse civile du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2007. Rapport, Paris.
- DGCCRF, 2012. Bilan de l'action contentieuse civile et pénale de la DGCCRF en 2011. Rapport, Paris.
- Dobbin, F., 2009. *Inventing Equal Opportunity*. Princeton University Press, Princeton.
- Edelman, L.B., 1992. Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law. *American Journal of Sociology* 97 (6), 1531–1576.
- Edelman, L.B., Suchman, M.C., 1999. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law and Society Review* (33) 4, 941–992.
- Edelman, L.B., Uggen, C., Erlanger, H.S., 1999. The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth. *American Journal of Sociology* 105 (2), 406–454.
- Fligstein, N., 1996. Markets as Politics: A Political-Cultural Approach to Market Institutions, *American Sociological Review*, 61 (4), 656–673.
- Galanter, M., 1974. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review* 9 (1), 95–160.
- Garcia M.-F., 1986. La construction sociale d'un marché parfait : le marché au cadran de Fontaines-en-Sologne. *Actes de la recherche en sciences sociales* 65, 1–13.
- Hagelsteen, M.-D., 2008. La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente. Rapport de Marie-Dominique Hagelsteen remis à Christine Lagarde, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'emploi et à Luc Chatel, Secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, le 12 février 2008. Bercy, Paris.
- Jolly, M., 1983. Aperçu historique sur l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles individuelles ». *Revue de la concurrence, des prix et de la consommation* 21, 3–8.
- Montagne, S., 2012. Investir avec prudence : les usages d'un impératif juridique par les acteurs du capitalisme financiarisé. *Sociologie du travail* 54 (1), 92–111.
- Mousseron, J.-M., 1988. Une nouvelle science : la facturologie. *La Semaine juridique, Cahiers de droit de l'entreprise* 4, 3–9
- Pélisse, J., 2011. La mise en œuvre des 35 heures : d'une managérialisation du droit à une internalisation de la fonction de justice. *Droit et société* 77, 39–65.
- Pinto, L., 2013. La construction sociale d'une fiction juridique : le consommateur, 1973-1993, *Actes de la recherche en sciences sociales* 199, 2–27.
- Renaudin, N., 1994. La facturologie : une science à la portée de tous. *Revue de la concurrence et de la consommation* (81), 33–36.

Stanziani, A., 2007. À l'origine du service de la repression des fraudes: concurrence, expertise et qualité des produits, 1789-1914. In: DGCCRF, La loi du Premier août 1905. Cent ans de protection des consommateurs. La Documentation française, Paris, pp. 209–228.

Stanziani, A., 2011. La genèse des catégories de spéculation et de concurrence. In: Bessy, C., Delpeuch, T., Péliasse, J. (Eds), Droit et régulation des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes. LGDJ, Paris, pp. 39–52.

Stryker, R., Pedriana, N., 2004. The Strength of a Weak Agency: Enforcement of Title VII of the 1964 Civil Rights Act and the Expansion of State Capacity, 1965-1971. *American Journal of Sociology* 110 (3), 709–760.

1. Le recours à la loi par la DGCCRF (1995-1999)	7
1.1. Les premiers textes régulant les relations fournisseurs-distributeurs (1950-1986)	7
1.2. Le refus d'une nouvelle loi par l'administration (1986-1996)	8
1.3. La loi Galland, un texte imposé à l'administration (1996)	10
1.4. La réorientation de l'action de la DGCCRF en faveur des fournisseurs (1997-1999)	12
2. Une incertitude juridique délibérée qui bénéficie aux fournisseurs (2000-2007)	15
2.1. L'élaboration de la loi NRE (2001) : des dispositions délibérément imprécises	16
2.2. L'application de la loi NRE : des poursuites judiciaires imprévisibles	18
2.3. Les distributeurs face à « l'aléa juridique » : vers un encadrement interne de la coopération commerciale	20
3. La mise en échec de l'incertitude juridique par les distributeurs (2008-2014)	23
3.1. La DGCCRF affaiblie	23
3.2. Le choix contraint d'un nouveau mode de contrôle de la grande distribution	26
3.3. Un nouveau mode de contrôle qui a échoué à rééquilibrer les relations industrie-commerce	28
4. Conclusion	32
Remerciements	33
Références	33